

---

# Le droit des «PPP»: état des lieux

## Contrats et marchés

**Jean-Baptiste Zufferey**<sup>1</sup>, professeur à l'Université de Fribourg,  
directeur de l'Institut du droit de la construction

### Aperçu

#### I. Introduction

#### II. Les contrats-type des PPP d'infrastructures – Le panorama

#### III. L'assujettissement des PPP institutionnels

A La création de la société de projet

B Les marchés de la société de projet

1. Le régime

2. Les PPP dans les secteurs

3. Les PPP quel que soit le marché

4. Les «portes de sortie»

#### IV. L'assujettissement des PPP contractuels

A Un contrat synallagmatique?

1. Les conditions d'assujettissement

2. Quelques aspects pratiques

B L'adjudication de gré à gré?

1. La portée

2. L'adjudication consécutive à un concours

3. L'absence de concurrence

#### V. Les autres éléments à prendre en compte

A Les subventions

B Les concessions

1. Les concessions de services et de travaux

2. Les concessions de monopole ou de domaine public

---

<sup>1</sup> Je remercie toutes les personnes qui m'ont apporté leur aide dans l'élaboration de ce texte, en particulier M. Hal Wyner et Mme Aurore Estoppey, sous-assistants à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, ainsi que Mme Chantal Pantillon, assistante.

C Les marchés « in-house »

1. En général
2. In-house et PPP

VI. Repères bibliographiques choisis

I. Introduction

- 1 Le concept de « PPP » (Public Private Partnership) n'est pas nouveau en Suisse. Il y connaît ces dernières années un véritable engouement ; on le voit choisi comme solution ou en tout cas envisagé par exemple pour des centres administratifs cantonaux ou communaux, des écoles, des prisons, des parkings collectifs, des stades de football et autres infrastructures sportives, des halles d'exposition et de foire, un quartier d'habitation à réaliser sur une couverture d'autoroute, des remontées mécaniques ou encore un réseau de conduites pour la distribution du gaz, pour l'épuration de l'eau ou pour les télécommunications. Contrairement à d'autres pays comme la France, la Suisse ne pratique par contre pas le PPP pour les infrastructures de transport comme les autoroutes, les ponts, les tunnels ou les lignes de chemin de fer ; il faudrait pour cela que la collectivité concernée en privatise l'exploitation.
- 2 Face à cette réalité, l'ordre juridique suisse a connu un développement certain, quoique encore ponctuel : (1) il n'y a bien sûr pas de législation spécifique aux PPP (contrairement à d'autres pays comme la France) et il n'est pas du tout certain qu'il en faille une. (2) Les premières dispositions légales ponctuelles apparaissent, mais se contentent de recommander la prise en considération de solutions en partenariat sans spécifier comment ces mécanismes fonctionnent et à quel régime juridique ils sont soumis ; ainsi le nouvel art. 52a de l'ordonnance sur les finances de la Confédération (OFC<sup>2</sup>), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009 : dans l'accomplissement de leurs tâches, les unités administratives examinent, s'il y a lieu, la possibilité de collaborer à plus long terme, sur des bases contractuelles, avec des partenaires privés (« Public Private Partnerships »). (3) Comme on le verra, la jurisprudence en matière de PPP ou autour de ce concept est encore très réduite. (4) Les contributions en doctrine s'accumulent ; elles traitent soit des aspects de contrat, soit des aspects de marchés publics (cf. les repères bibliographiques fournis à la fin de cet article). (5) Une association regroupe les personnes actives dans le secteur des PPP et fournit des informations économiques et techniques intéressantes<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> RS 611.01.

<sup>3</sup> [www.ppp-schweiz.ch](http://www.ppp-schweiz.ch).

Après une première contribution en 2006<sup>4</sup>, une seconde lors du colloque 3  
 Marchés publics 2008 (en lien avec le champ d'application du droit des marchés publics)<sup>5</sup>, un workshop lors des Journées suisses du droit de la construction 2009, nous proposons ici un état des lieux de ce qui devient progressivement le « droit des PPP ». Nous tenterons de répondre à quatre questions, qui sont celles auxquelles doivent répondre les juristes des marchés publics face à un projet de PPP : quels sont les contrats nécessaires ? (II). Les PPP institutionnels sont-ils soumis au droit des marchés publics ? (III). Qu'en est-il des PPP contractuels ? (IV) Y a-t-il d'autres aspects à prendre en considération, qui pourraient provoquer un assujettissement (V) ?

## II. Les contrats-type des PPP d'infrastructures – Le panorama

La structure contractuelle d'un PPP – en particulier lorsqu'il est destiné à 4  
 assurer la réalisation d'une infrastructure – se caractérise par deux éléments : elle veut englober tout le cycle d'existence de l'objet (de sa réalisation à son recyclage en passant par son exploitation) et elle se fonde sur un financement privé. A cet effet, les relations juridiques suivantes sont en général nécessaires<sup>6</sup> :

1. Au centre du système se trouve la « société du projet », dont les sponsors sont les promoteurs du projet, et qui lui procurent ses fonds propres. Il pourra s'agir d'actionnaires (société anonyme) ou d'associés (société en commandite de placements collectifs, au sens des art. 98 ss LPCC<sup>7</sup>).
2. La société de projet établit une relation avec la collectivité à laquelle le projet profitera (voire reviendra à son terme). Si la collectivité prend une participation dans la société, on pourra parler d'un PPP « institutionnel » ou « corporatif ». Une double question se posera alors : d'abord celle de savoir si le choix des autres partenaires au sein de la société devra ou non faire l'objet d'une mise en concurrence ; ensuite celle d'assujettir ou non au droit des marchés publics tous les marchés que la société du projet adjudgera (ci-après ch. IV). Si la collectivité entend simplement confier à la société de projet (privée) le mandat de le réaliser, il s'agira d'un PPP « contractuel » ou « synallagmatique » ; du point de vue des marchés pu-

<sup>4</sup> ZUFFEREY/LE FORT, L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics, BR/DC 2/2006, p. 99 ss.

<sup>5</sup> ZUFFEREY/STÖCKLI, Aktuelles Vergaberecht 2008 / Marchés publics 2008, Zurich 2008, p. 145 ss.

<sup>6</sup> Cf. MÜLLER-TSCHUMI, p. 34 ss.

<sup>7</sup> Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31).

blics, il n'y aura qu'une seule question : ce mandat équivaut-il ou non à un marché? (ci-après ch.V). Du point de vue contractuel, toutes les prestations que la société de projet s'engage à accomplir seront souvent décrites dans plusieurs contrats successifs, correspondant aux phases du projet ; au fur et à mesure que le projet se développe, chaque contrat fixera en détail les caractéristiques attendues de chaque prestation ; par-dessus, les parties auront soin d'établir une convention-cadre afin de définir les principes qui gouverneront leurs relations et les mécanismes applicables en cas de dissension en cours de projet.

3. Le projet sera en grande partie financé par des fonds de tiers (banques et/ou assurances), qui contracteront soit directement avec la société du projet (et les sous-traitants) soit par l'intermédiaire de la collectivité (avec alors des droits d'agir sur le projet voire sur la société, ou même d'en exiger le remplacement). Dans ce second cas, la question se posera de l'existence de subventions, qui pourront à elles seules, suivant les circonstances, entraîner l'application du droit des marchés publics (ci-après ch.VI). Pour tous les PPP, le rôle du financier sera fondamental, avec pour lui des droits contractuels de contrôle et d'intervention importants à tous les niveaux ; les partisans des PPP y voient une garantie et donc un avantage pour la collectivité, qui compense les coûts plus élevés de ce système par rapport aux solutions traditionnelles. A signaler ici que la société de projet peut aussi vendre au donneur de crédit ses créances contre la collectivité (sorte de factoring).
4. La réalisation de l'infrastructure, puis son exploitation, son entretien et son recyclage, seront confiés à des sous-traitants (entreprises totales ou générales et mandataires). Ils seront en relation contractuelle avec la société de projet et seront même souvent invités – c'est un euphémisme – à participer financièrement au capital de cette dernière. Il arrive aussi que les sous-traitants soient en lien économique avec les sponsors de la société de projet. Des contrats « back to back » seront élaborés avec chaque sous-traitant, afin qu'ils reproduisent le plus exactement possibles les obligations contractuelles encourues par la société du projet envers la collectivité ; la coordination entre tous ces contrats sera un problème particulièrement important et pourra même faire l'objet de clauses spécifiques qui traiteront les sous-traitants pratiquement comme des partenaires du projet. On rencontre aussi des cas où à la fin de la réalisation du projet, la société de projet reprend à son compte certains sous-traitants, afin de s'assurer à long terme le know how nécessaire à son exploitation et son entretien. Dans la plupart des PPP contractuels, la collectivité voudra connaître les sous-traitants lors de l'adjudication à la société de projet, car ce seront les sous-traitants qui assureront la qualité de l'offre formulée par dite société ; ce sera en particulier le cas dans les concours d'études et de réalisation.

Au surplus, on se méfiera du schématisme des éléments décrits ici : chaque PPP présente ses particularités, en fonction de l'objet à réaliser et des buts que la collectivité veut atteindre. Le concept de PPP lui-même ne désigne qu'une réalité économique, plus ou moins délimitée. Le juriste qui y intervient aura donc soin d'examiner et de qualifier soigneusement chaque cas pour lui-même ; la démarche d'analyse qui est proposée ici est forcément réductrice et ne devrait valoir que comme check list. 5

### III. L'assujettissement des PPP institutionnels

#### A La création de la société de projet

L'assujettissement éventuel au droit des marchés publics se pose exactement en ces termes : la collectivité entend constituer une société d'économie mixte avec un ou plusieurs partenaires privés et lui confier l'exécution du projet de PPP<sup>8</sup> ; le choix de ces partenaires doit-il faire l'objet de ce qui s'apparenterait à un appel à candidature ? 6

Sur cette question au moins, il y a consensus au sein de la doctrine suisse : par principe, le choix des partenaires et la constitution de la société elle-même ne tombent pas dans le champ d'application du droit des marchés publics, car il leur manque l'élément synallagmatique qu'il faudrait pour que l'on puisse y voir l'attribution d'un « marché » (échange de prestations entre l'Etat qui commande et paie, et la contrepartie qui accomplit une prestation et est rémunérée à cet effet)<sup>9</sup>. La solution est la même dans le cas où la collectivité a constitué seule la société, puis cherche ensuite des partenaires pour leur transférer une partie du capital. Si les partenaires et la collectivité sont liés par un simple accord de coentreprise (joint venture), il s'agira sans doute d'un contrat de type société simple ; ce seront alors les clauses de ce contrat qui détermineront si les parties mettent en commun leurs prestations (pas d'assujettissement de cet acte au droit des marchés publics) ou si elles les échangent, auquel cas il pourra s'agir d'un contrat synallagmatique (PPP contractuel ; ci-après ch. IV). 7

Juridiquement, rien n'empêchera une collectivité d'organiser tout de même un appel public à candidature pour tenter de découvrir quels pourraient 8

<sup>8</sup> Fondamentalement, une société d'économie mixte peut désigner trois types de situation lorsqu'elle revêt la forme de la société anonyme : la collectivité détient la majorité du capital ; elle n'a qu'une minorité du capital, mais dispose en vertu des statuts d'un droit de représentation qualifiée au sein des organes (art. 762 CO) ; elle n'a qu'une minorité du capital et ne bénéficie pas de cette représentation renforcée.

<sup>9</sup> Parmi d'autres, cf. surtout BEYELER, p. 112 ss, 128 s. Cet auteur examine également ce qu'il appelle les possibilités de contourner illicitement le droit des marchés publics.

être ses partenaires les plus adéquats; en cas d'éviction, ces derniers n'auront aucun droit de recours contre la décision de la collectivité car l'administration ne peut créer une voie de recours et désigner la juridiction administrative pour en connaître en l'absence d'une base légale à cet effet. Au demeurant, l'expérience des concours d'investisseurs montre combien il est difficile de convaincre des partenaires en dehors de négociations bilatérales.

## **B Les marchés de la société de projet**

### 1. Le régime

- 9 Une fois que la société d'économie mixte est constituée, elle va nécessairement vouloir conclure des contrats avec les entreprises et mandataires qui devront réaliser les éléments successifs du projet mis en PPP. Ces contrats devront-ils faire l'objet de mises en soumission, chaque fois qu'ils sanctionneront des marchés de travaux, de services ou de fournitures, et pour des montants supérieurs aux seuils?
- 10 La réponse à cette question repose sur les annexes 2 et 3 de l'accord OMC, l'art. 2a de l'ordonnance fédérale sur les marchés publics (OMP) ainsi que sur l'art. 8 de l'accord intercantonal (AIMP). La lecture de ces dispositions est pour le moins compliquée, les jurisprudences controversées qui les appliquent ajoutent encore à la confusion. Deux situations sont à notre avis à envisager; si l'une des deux est réalisée, elle provoquera l'assujettissement au droit des marchés publics. La société pourra alors encore vérifier qu'elle ne peut pas bénéficier de ce que nous appellerons une « exemption » ou encore des cas de gré à gré.

### 2. Les PPP dans les secteurs

- 11 Il est plus simple de commencer par le cas exceptionnel. Si le projet que le PPP entend réaliser a trait aux « secteurs », à savoir la fourniture d'eau ou d'énergie, les transports ou les télécommunications, la société de projet sera considérée comme un pouvoir adjudicateur et assujettie au droit des marchés publics pour tous les marchés qu'elle voudra adjudger en Suisse afin d'exercer l'activité pour laquelle elle a été créée. Cette conclusion s'imposera lorsqu'il s'agit d'une « entreprise publique », à savoir une entreprise sur laquelle la collectivité peut exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait qu'elle détient la majorité de son capital ou la majorité des voix ou encore qu'elle a le pouvoir de désigner la moitié au moins des membres du conseil d'administration<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Note de bas de page N° 2 de l'annexe 3 de l'accord OMC.

La même conclusion s'imposera lorsqu'il s'agit d'une entreprise privée active dans un secteur. L'accord bilatéral avec l'Union européenne en effet a eu pour objectif notamment d'étendre l'application du droit des marchés publics aux entreprises privées lorsqu'elles sont au bénéfice de droits exclusifs et ne sont donc pas soumises à la concurrence (art. 3 al. 2). Dans chaque cas concret cependant, on veillera à lire soigneusement les dispositions légales précitées car leur formulation regorge de subtilités ; c'est ainsi que les marchés concernant les installations à câble ne sont assujettis que si elles sont destinées au transport régulier de personnes (desserte), mais non pas si elles sont utilisées à but touristique (art. 3 al. 2 lit. f ch. v de l'accord bilatéral et art. 5 al. 3 de l'ordonnance fédérale sur les indemnités, les prêts et les aides financières selon la loi sur les chemins de fer<sup>11</sup>). 12

### 3. Les PPP quel que soit le marché

Pour tous les marchés quels qu'ils soient (et donc aussi dans les secteurs précités), la société de projet sera assujettie si elle mérite d'être qualifiée comme un « organisme de droit public ». C'est à notre avis la seule hypothèse à examiner ; si plusieurs collectivités se mettent ensemble pour constituer une société de projet, elle sera aussi assujettie au droit des marchés publics en tant que « pouvoir public », mais il ne s'agirait alors plus d'un PPP. 13

L'annexe 3 de l'accord OMC donne de l'organisme de droit public une définition qui est communément utilisée pour tous les marchés, même en dehors des secteurs<sup>12</sup>. Cette définition repose sur trois conditions cumulatives, que nous avons examinées en 2008 déjà<sup>13</sup> ; elles sont ici simplement rappelées : 14

1. La société de projet doit avoir la personnalité morale. Il n'est pas nécessaire que sa forme juridique appartienne au droit public (par exemple une société anonyme de droit public) ; il peut tout à fait s'agir d'une personne morale du Code civil (fondation) ou du Code des obligations (société anonyme au sens des art. 620 ss)<sup>14</sup>.
2. Il faut par contre que cette entité ait été créée spécifiquement (mais pas forcément exclusivement) pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. La notion d'intérêt général recoupe une activité qui bénéficie directement à la société dans son intérêt propre, par opposition à l'intérêt particulier d'un individu ou d'un groupement de personnes. La délimitation reposera sur un faisceau

<sup>11</sup> RS 742.101.1.

<sup>12</sup> Note de bas de page N° 1.

<sup>13</sup> Cf. p. 154 s. de l'ouvrage du colloque.

<sup>14</sup> L'annexe 2 de l'accord OMC utilise d'ailleurs aussi l'expression « organisme public » (ch. 3).

d'indices propres à chaque cas concret: l'activité concernée vise-t-elle un but lucratif et a-t-elle des exigences de rentabilité? Ou alors échappe-t-elle à la logique du marché et la collectivité a-t-elle même envisagé de subir des pertes? La société du projet est-elle soumise au jeu de la concurrence? Avec le développement progressif des formes les plus diverses de partenariat (et de privatisation), on trouve de plus en plus de lois qui répondent à ces questions et qui tranchent ainsi la question de savoir si la société de projet est ou non assujettie au droit des marchés publics. Exemples: un décret cantonal octroie une enveloppe financière à une société d'économie mixte à créer en vue de renouveler les remontées mécaniques du canton, car il s'agit d'un équipement d'intérêt général et sa disparition serait de nature à mettre en péril l'économie touristique de toute la région; à l'issue de l'opération, la société cantonale deviendra propriétaire des nouvelles installations<sup>15</sup>.

3. La société de projet est en lien de dépendance étroite avec la collectivité. Trois critères alternatifs pourront être utilisés pour en juger: (1) au sein de la société de projet, son conseil d'administration est composé de membres dont la moitié au moins est désignée par la collectivité. (2) La gestion de la société est soumise à un contrôle serré de la part de la collectivité (droit pour elle de donner des instructions; droit de veto dans les décisions; obligation pour la société de faire contresigner ses décisions). (3) L'activité de l'organisme est financée majoritairement par la collectivité; c'est là la question des subventions qui fera l'objet d'un examen plus détaillé (ci-après ch.V).

#### 4. Les « portes de sortie »

- 15 Selon un réflexe bien connu en matière de marchés publics, les partenaires dans les projets tentent souvent d'éviter à leur société l'obligation d'organiser des procédures de soumission (avec droit de recours) pour les marchés qu'elle entend adjudger. Il faut ici redire que ces « manœuvres intellectuelles » sont périlleuses et génèrent souvent un risque de violation de la loi.
- 16 On en veut pour preuve les trois illustrations suivantes:
  1. Les apports en nature. Le problème peut se poser lorsque la société de projet entend confier la réalisation des infrastructures nécessaires à des entreprises et mandataires qui appartiennent (directement ou indirectement) à ses partenaires privés; ces derniers pourront alors alléguer qu'il

---

<sup>15</sup> Cf. Décret fribourgeois du 3 décembre 2008 relatif à la participation financière de l'Etat au renouvellement des remontées mécaniques (Recueil officiel 2008\_140) et Message du Conseil d'Etat du 28 octobre 2008.



ne s'agit pas d'adjudication de marchés à leur profit, mais de prestations – par exemple d'entreprise totale – qu'ils accomplissent au profit de la société et en contrepartie desquelles ils reçoivent des actions de cette dernière. Cette analyse ne nous paraît pas d'emblée fautive car alors il n'y aura pas de marché au sens strict (la collectivité n'acquiert rien), mais à la condition qu'elle résiste aux arguments suivants : (1) c'est la collectivité qui en définitive supporte économiquement la part prépondérante du projet, au travers des ressources qu'elle met à disposition de la société de projet et qui outrepassent le montant des apports des partenaires privés ; on a alors à faire à des marchés subventionnés, quand bien même les partenaires paieraient entièrement et directement les factures de leurs sous-traitants à concurrence de leurs apports (ci-après ch. V). (2) La société de projet affirme que les marchés passés avec ses partenaires sont des marchés « in-house » ; il faut constater que la pratique recourt de manière abusive à cette qualification, qui ne sera en principe pas disponible dans le contexte des PPP (ci-après ch. V). (3) Les partenaires concluent eux-mêmes des contrats avec leurs sous-traitants, mais en tant que représentants de la société de projet. Si tel est le cas (contrats signés au nom et pour le compte de cette dernière), c'est en fait elle qui est adjudicatrice et les critères d'assujettissement exposés précédemment s'appliquent en plein aux marchés passés avec les sous-traitants. (4) Les partenaires privés concluent des contrats avec leurs sous-traitants mais en appliquant complètement les instructions contenues dans le contrat de PPP passé avec la collectivité (cf. ci-dessus ch. II) ; il s'agit alors d'un cas de PPP contractuel, qui peut être assujetti au droit des marchés publics s'il présente suffisamment d'éléments synallagmatiques (cf. ci-après ch. IV).

2. Lors du colloque 2008, nous avons passé en revue diverses « exemptions » au champ d'application du droit des marchés publics<sup>16</sup>. Aucune d'entre elles n'est vraiment pertinente pour les situations de PPP : (1) en lien avec l'activité de la société de projet : elle ne va guère passer de marchés à exécuter à l'étranger ; les marchés qu'elle va passer ne sont pas destinés à des fins autres que la poursuite des activités à l'origine de son assujettissement en tant qu'organisme de droit public ; ils ne sont pas destinés à satisfaire les besoins propres de la société de projet ; celle-ci est peut-être elle-même en situation de concurrence, mais elle n'a pas demandé et obtenu de ce fait une exemption de la part de l'administration fédérale. (2) L'exemption pour adjudication à un adjudicateur sera inutile puisqu'elle pourrait tout au plus avoir pour effet de permettre l'adjudication de gré à gré du PPP à la société de projet, au motif que cette dernière procédera ensuite à la mise en soumission des marchés aux sous-traitants. (3) L'exemption pour

<sup>16</sup> Cf. p. 152 ss de l'ouvrage du colloque.

les marchés « intra-groupes » sera tout aussi inutile puisqu'elle ne pourrait s'appliquer qu'à la relation entre la collectivité et la société de projet.

3. En règle générale, aucun des cas exceptionnels d'adjudication de gré à gré (au-delà du seuil à cet effet) ne pourra sérieusement être envisagé. En particulier : (1) la jurisprudence est toujours aussi restrictive avec les cas dans lesquels la clause d'urgence peut être utilisée ; c'est ainsi que l'échéance prochaine d'une concession ou la date rapprochée d'une grande manifestation publique ne seront jamais des motifs suffisants pour une adjudication de gré à gré, car il s'agit d'événements prévisibles. A rappeler ici que les législations sur les marchés publics autorisent la réduction des délais ordinaires (en particulier celui pour déposer les offres) en cas de nécessité. (2) L'absence de concurrence pour des motifs techniques permet l'adjudication de gré à gré (art. XV al. 1 lit. b de l'accord OMC). En règle générale cependant, les prestations des sous-traitants – même s'ils sont liés aux partenaires de la société de projet – ne seront pas suffisamment spécifiques pour que cette dernière n'ait pas d'alternative sans frais et risques excessifs ; on réservera toutefois le cas où un partenaire serait propriétaire du terrain sur lequel il est prévu de réaliser le projet mis en PPP (ci-après ch. IV).

## **IV. L'assujettissement des PPP contractuels**

- 17 S'ils sont effectivement assujettis au droit des marchés publics, seul un motif d'adjudication de gré à gré permettra à la collectivité d'éviter une mise en soumission. Cette affirmation vaudra, que la contrepartie au contrat de PPP avec la collectivité soit une société privée constituée spécifiquement pour le projet, une société préexistante ou un groupe de sociétés.

### **A Un contrat synallagmatique ?**

1. Les conditions d'assujettissement
- 18 Potentiellement, tous les PPP contractuels sont susceptibles d'être considérés comme des marchés dont l'adjudication est soumise au droit des marchés publics. Afin d'en juger, il faut ici vérifier si les deux éléments constitutifs de la notion de marché sont présents : (1) la collectivité commande-t-elle des prestations spécifiques (travaux, services ou fournitures) qui lui permettent d'accomplir les tâches publiques qui sont les siennes ? Ce sera le cas avant tout pour la réalisation de bâtiments ou d'infrastructures publics ; ce ne sera pas le cas si la collectivité se contente de mettre à disposition un bien-fonds qui lui appartient (du domaine public ou privé) et fait simplement mentionner dans

l'acte juridique (contrat de superficie) l'utilisation que le superficiaire s'est engagé à respecter (en principe une affectation privée). Au surplus, peu importe que le contrat de PPP soit en général de longue durée; au contraire: comme il a pour effet d'exclure toute concurrence de tiers contre le partenaire en PPP pour la durée complète du cycle du projet (cf. ci-dessus ch. II), c'est une raison de plus pour assujettir le marché initial au jeu de cette concurrence<sup>17</sup>.

(2) Ces prestations commandées sont-elles honorées par une rémunération au profit du partenaire privé? Le droit des marchés publics adopte ici une approche économique: il pourra s'agir d'une rémunération en espèces (par exemple un paiement cash ou des loyers à payer par la collectivité pour la mise à disposition de l'infrastructure réalisée en PPP), mais aussi de tout autre avantage en nature (par exemple la mise à disposition d'un terrain appartenant à la collectivité ou un droit de superficie sur ce dernier).

Jusqu'ici, la jurisprudence suisse a fort peu eu l'occasion d'appliquer ces critères; les seuls arrêts disponibles à ce jour en matière de PPP sont à notre connaissance les suivants: 19

1. Contrat par lequel une commune accorde à un investisseur (caisse de pension) un droit sur un terrain (plus de 68 000 m<sup>2</sup>) – en partie un droit de propriété et en partie un simple droit de superficie – et l'investisseur s'engage à y réaliser d'une part des logements et des commerces et d'autre part diverses infrastructures qui reviendront en propriété à la commune à l'issue du droit de superficie (école, halle à usages multiples, caserne des pompiers, hangar pour les véhicules de l'édilité, collecteur de déchets et autres locaux d'utilité publique): le Tribunal administratif de Schwyz a admis l'existence d'un marché assujetti au droit des marchés publics; ce faisant, il a refusé de considérer de manière isolée le droit de superficie, sur la base duquel la commune apparaissait comme « vendeuse » plutôt que comme « acheteuse » de prestations<sup>18</sup>.
2. Ultérieurement, le même Tribunal administratif confirma sa décision, en précisant qu'un PPP est un contrat synallagmatique soumis au droit des marchés publics lorsque le partenaire privé fournit des prestations à la collectivité contre rémunération, et que cette dernière peut consister non seulement en un paiement (en l'espèce 8,3 millions de francs) mais en plus dans la remise d'une chose (droit de superficie)<sup>19</sup>.
3. Par une décision à cinq juges (au motif que la jurisprudence sur les PPP n'est pas encore stabilisée), le Tribunal fédéral refusa d'entrer en matière

<sup>17</sup> Cf. BEYELER, p. 127.

<sup>18</sup> VGE 817/06 (arrêt du 29 août 2006). Pour un commentaire, cf. BEYELER Martin, BR/DC 2/2008, p. 88 N° S2.

<sup>19</sup> VGE III 2007 10 (arrêt du 6 mars 2007).

sur les recours formulés contre cette décision cantonale, au motif qu'elle ne posait pas de question juridique de principe (au sens de l'art. 83 lit. f LTF)<sup>20</sup>. On retirera tout de même de cet arrêt que le Tribunal fédéral semble admettre le principe de «l'adjudication unique» (die Einmaligkeit der Ausschreibung): si le contrat de PPP fait l'objet d'une mise en soumission, ensuite la société de projet adjudicataire – entreprise privée (y compris une caisse de pension si elle construit à but d'investissement) – n'a pas à mettre en soumission les contrats qu'elle passe avec ses sous-traitants, en l'espèce un contrat d'entreprise totale<sup>21</sup>. Au demeurant, cette question ne se posera pas si ces sous-traitants forment un groupe avec la société de projet et offrent une prestation globale dès le début, comme c'est le cas dans un concours portant sur les études et la réalisation; l'adjudication porte alors immédiatement également sur les prestations des sous-traitants (qui participent d'ailleurs de l'évaluation).

## 2. Quelques aspects pratiques

- 20 Il nous paraît que les praticiens pourront être encore intéressés par les questions suivantes, typiques du droit des marchés publics, rencontrées au détour de divers PPP contractuels.
- 21 Même si premièrement les contrats avec les sous-traitants ne sont pas assujettis au droit des marchés publics, la collectivité aura tout de même la possibilité de les influencer: elle pourra premièrement imposer des conditions à leur intention dans le contrat passé avec la société de projet; on rappellera ici que les directives du 1<sup>er</sup> décembre 1995 pour l'exécution de l'accord intercantonal statuaient que, si l'adjudicateur passe un marché avec un entrepreneur général ou total, il établit et garantit par contrat que tous les sous-traitants satisfont aux exigences de non-discrimination, respect des conditions de travail, égalité entre hommes et femmes et traitement confidentiel des informations (§ 10 al. 2). Secondement, il faut signaler que certaines dispositions légales permettent à la collectivité d'imposer à l'entreprise générale ou totale qu'elle mette en soumission les travaux et services qu'elle doit exécuter<sup>22</sup>.
- 22 Deuxièmement, un PPP contractuel est assujetti au droit des marchés publics, dès l'instant où il s'agit d'un «marché» (échange de prestations). Peu importe dès lors que le contrat lui-même doive être qualifié de contrat de droit privé ou de droit administratif; il est vrai qu'en pratique, la collectivité songera à

---

<sup>20</sup> Arrêts joints 2C.116/2007 et 2C.396/2007 (10.10.2007). Pour un commentaire, cf. BEYELER Martin, [www.jusletter.ch](http://www.jusletter.ch) (du 7 janvier 2008); HETTICH/HAEGI, PJA 2008, p. 238 ss.

<sup>21</sup> C. 4.4.

<sup>22</sup> Art. 11 al. 3 du règlement du 28 avril 1998 fribourgeois sur les marchés publics (Recueil systématique 122.91.11).

un PPP avant tout pour accomplir les tâches publiques qui lui incombent et qu'ainsi le contrat de projet sera un contrat de droit administratif. En d'autres termes, la collectivité n'aura pas le pouvoir de soustraire son projet de PPP au droit des marchés publics en utilisant sa compétence de qualifier par une législation le contrat qu'elle entend conclure de contrat de droit privé<sup>23</sup>; ce constat est logique : premièrement, tous les marchés passés par une collectivité sont assujettis, quels que soient leur objet et la nature du contrat qui les incorpore ; secondement, la théorie de la dissociation (entre la procédure administrative d'adjudication et le régime juridique applicable au contrat) a pour effet que le droit des marchés publics s'applique nonobstant la nature privée du contrat consécutif à l'adjudication<sup>24</sup>.

Souvent troisièmement, la société de projet est constituée après l'adjudication du contrat de partenariat. Ce n'est pas un problème en cas de concours d'étude et de réalisation, car alors la constitution de la société fait partie des prestations dues dans le concours et elle interviendra avant l'adjudication du marché consécutif au concours. C'est par contre un problème en cas de mise en soumission ordinaire, car le droit des marchés publics tolère mal un changement formel d'adjudicataire après l'adjudication ; si ce changement a un impact sur l'aptitude de l'adjudicataire (par exemple, sa surface financière se modifie en raison de l'outsourcing du projet adjudgé dans un Special Purpose Vehicle), c'est un motif pour révoquer l'adjudication. On mesure ici concrètement combien le droit des marchés publics peut faire obstacle aux PPP. 23

Enfin, si les prestations à fournir par la société de projet sont destinées non pas à la collectivité mais des tiers (usagers d'un service public), il ne s'agit alors pas d'un « marché », mais d'une « concession ». Les concessions posent des problèmes particuliers en droit des marchés publics et leur assujettissement ne va pas de soi (ci-après ch.V). 24

## B L'adjudication de gré à gré?

### 1. La portée

Si la collectivité qui entend lancer un projet en PPP peut bénéficier d'un motif de gré à gré, elle ne s'évite pas toutes les incertitudes juridiques décrites jusqu'ici, que ce soit pour la qualification du PPP ou son éventuel assujettissement au droit des marchés publics. 25

<sup>23</sup> Pour un cas d'application de cette compétence, cf. ATF 134 II 297 (contrat de collecte des ordures ménagères).

<sup>24</sup> Dans d'autres pays comme en France d'ailleurs, un contrat avec le même contenu qu'en Suisse (par exemple un contrat de construction) est considéré comme un contrat de droit administratif et ses litiges attribués aux juridictions administratives.

- 26 Par contre, elle échappe de facto aux problèmes pratiques que ce droit très rigide génère ; en effet : la procédure de gré à gré est très informelle ; elle n'empêche pas de demander plusieurs offres concurrentes (sans qu'il s'agisse d'une procédure sur invitation) et elle permet la négociation avec les adjudicataires potentiels. Par contre, elle ne supprime pas totalement le risque de recours – d'un partenaire potentiel non contacté ou d'une association professionnelle – dans la mesure où la décision d'adjudication doit (devrait) faire l'objet d'une publication, avec mention du cas de gré à gré mis en œuvre et rédaction d'un rapport justificatif (art. XV al. 2 de l'accord OMC).
- 27 Dans le contexte spécifique des PPP, le premier de ces cas de gré à gré est sans conteste l'adjudication au lauréat d'un concours des marchés subséquents ; ensuite dans certaines circonstances, on pourra aussi envisager l'adjudication de gré à gré pour absence de concurrence.

## 2. L'adjudication consécutive à un concours

- 28 Cette adjudication au lauréat est bien un cas de gré à gré ; c'est même le seul aspect que l'accord OMC régit en matière de concours (art. XV al. 1 lit. j). En l'occurrence, il s'agira d'un concours portant sur les études et la réalisation (au sens du règlement SIA 142 révisé) et qui fera donc appel à des groupes de mandataires/entreprises ou à des entreprises totales ; à condition toutefois que la législation n'interdise pas purement et simplement toute adjudication en entreprise totale<sup>25</sup>. Il pourra aussi s'agir d'un concours d'investisseurs (avec participation de l'investisseur retenu au jury du concours<sup>26</sup>). Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, l'art. 13 al. 1 lit. l OMP codifie les conditions à remplir pour que dite adjudication de gré à gré soit valable : lancement du concours publié et participation ouverte ou sélective ; jury dont les membres sont en majorité indépendants de l'organisateur ; marchés subséquents annoncés dans la publication du concours ; respect de la recommandation du jury. Ce régime s'impose aux marchés de planification générale et de direction des travaux ; il vaut à notre avis aussi pour les marchés de réalisation adjugés en entreprise totale.
- 29 La procédure de concours est particulièrement adaptée aux exigences économiques des PPP car elle laisse une grande marge de manœuvre d'une part aux participants au concours (jusque dans la conception même de leur projet) et à son organisateur d'autre part (dans les critères d'évaluation et leur application). Un autre avantage encore pourrait à l'avenir en faire un instrument idoine pour les PPP : ces derniers butent souvent sur le conflit entre d'un côté l'intérêt des partenaire privés potentiels qui réclament le maximum de liberté dans la configuration du projet (afin d'en assurer la rentabilité au moyen des

---

<sup>25</sup> Ainsi en droit tessinois (art. 52 du règlement cantonal sur les marchés publics).

<sup>26</sup> Cf. à ce sujet les lignes directrices de la SIA de décembre 2007.

éléments commerciaux) et de l'autre les procédures très strictes de planification du territoire et d'autorisation de construire; en particulier, il n'est pas possible que la collectivité mette à l'enquête un plan de quartier tant que son contenu n'est pas suffisamment déterminé et ne permet pas aux administrés intéressés de faire valoir leurs droits. Or, on constate une tendance dans les législations sur l'aménagement du territoire à remplacer/intégrer la démarche de planification d'affectation et la projection de réalisations concrètes à travers des concours d'architecture et d'urbanisme. Cette solution permet à la fois de rationaliser les procédures et d'optimiser le choix d'aménagements. Deux illustrations: (1) dans le règlement d'aménagement de la Ville de Neuchâtel, l'art. 163 énumère les secteurs soumis à plan de quartier, puis ajoute que ce dernier n'est pas obligatoire lorsqu'un projet est conforme à un plan directeur sectoriel homologué et qu'un concours d'architecture a été réalisé. (2) Dans son vaste projet de centre Praille-Acacias-Vernets, le canton de Genève envisage la modalité suivante: lorsqu'un projet de construction est conforme au projet lauréat d'un concours d'architecture réalisé en application du règlement SIA 142, sur la base d'un cahier des charges accepté par le département en charge de la conduite du projet d'aménagement du quartier et après consultation de la commune du lieu de situation, le Conseil d'Etat peut permettre au département compétent de délivrer l'autorisation de construire nécessaire sans attendre l'adoption du plan localisé de quartier<sup>27</sup>.

La jurisprudence admet que l'organisation d'un concours d'architecture représente un changement sensible des circonstances au sens de l'art. 21 al. 2 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire et qu'il permet donc la modification de la planification (générale ou spéciale). Il faut cependant que le concours garantisse une planification de qualité et que son résultat démontre qu'une extension des possibilités de construire se justifie du point de vue de l'urbanisme. La rentabilité du projet – intérêt purement privé – ne doit donc pas être un critère prépondérant du concours et permettre aux participants de transgresser les dispositions en vigueur; comme élément déclencheur pour autoriser une telle transgression, il faudra une amélioration notable de la qualité du concept global. Deux éléments permettront d'en juger: le libellé du concours et la composition du jury; outre des architectes et le maître d'ouvrage, un jury composé de représentants de la collectivité, des services cantonaux et des associations attestera que l'intérêt économique n'est pas prépondérant<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Art. 4 du Projet de loi relatif à l'aménagement du quartier « Praille-Acacias-Vernets » modifiant les limites de zones sur le territoire des Villes de Genève, Carouge et Lancy (version du 8 novembre 2008 – 29712PL).

<sup>28</sup> Cf. arrêt du TF du 16 avril 2007, 1P.91/2007; pour un commentaire: ASPAN, *Inforum* 2/08, p. 3 s.

### 3. L'absence de concurrence

- 31 Le second cas de gré à gré qui peut être pertinent pour les PPP est celui de l'absence de concurrence pour des motifs techniques (art. XV al. 1 lit. b de l'accord OMC<sup>29</sup>). C'est à notre avis avant tout dans le contexte de projets immobiliers qu'une telle situation pourra se produire : la collectivité a besoin d'un ouvrage qui doit être absolument réalisé sur un bien-fonds appartenant au partenaire privé du PPP, car c'est le seul emplacement qui convienne; exemple : il s'agit d'agrandir un bâtiment public existant ou de compléter un ensemble déjà construit; le propriétaire est d'accord de réaliser l'objet, puis de le mettre à disposition de la collectivité voire de le lui céder. Le rattachement spatial du projet est si prépondérant qu'elle n'a pas d'autre choix que de contracter avec le propriétaire si elle entend réaliser son développement. On peut même affirmer que si ce propriétaire est disposé à le faire en PPP, il n'y a plus d'intérêt public suffisant pour justifier une expropriation formelle.
- 32 On pourrait se demander à cette occasion pourquoi tout simplement ne pas appliquer la note 3 de l'annexe 4 à l'accord OMC, qui exempte de toute mise en soumission les marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immobiliers ou qui concernent des droits sur ces biens. C'est que le partenaire privé s'engage non seulement à vendre, louer ou donner en leasing l'objet du PPP, mais encore à le réaliser d'après les besoins de la collectivité, qui en est la future utilisatrice et qui en supporte le risque financier, du moins en partie (au travers de la rémunération convenue); on rejoint ici la situation assujettie au droit des marchés publics, qui se présente en cas d'achat par la collectivité d'un bâtiment futur dont elle passe commande<sup>30</sup>. A rappeler au surplus dans ce contexte qu'une collectivité ne devrait pas conclure un contrat d'achat d'un terrain et/ou d'un bâtiment si le contrat est assorti d'une clause d'architecte ou d'entrepreneur sans que celle-ci ne soit considérée comme une adjudication de gré à gré d'un marché de service ou de construction au vendeur ou au tiers désigné dans la clause; fort de l'analyse qui précède, la collectivité ne pourra passer outre cette qualification en ne concluant qu'une promesse d'achat du bâtiment à réaliser, puisque sous l'angle des marchés publics, c'est bien elle qui en aura passé commande.

---

<sup>29</sup> Cette disposition prévoit encore deux autres cas de gré à gré, mais qui ne paraissent guère pertinents pour des PPP : l'absence de concurrence pour des motifs artistiques ou en raison de droits de la propriété intellectuelle.

<sup>30</sup> Cf. ESSEIVA Denis, Achat d'un bâtiment, BR/DC 4/1999, p. 137; POLTIER Etienne, Les marchés publics : premières expériences vaudoises, RDAF 2000 I, p. 316.



## V. Les autres éléments à prendre en compte

Les remarques contenues dans ce dernier paragraphe examinent trois éléments additionnels, qui ne sont pas à proprement parler constitutifs d'un PPP, mais qui sont souvent cités dans son analyse juridique, qui sont régulièrement à l'origine de confusions et qui ont connu ces derniers temps certains développements. 33

### A Les subventions

La présence de subventions dans un projet de PPP est de nature à provoquer instantanément et définitivement son assujettissement au droit des marchés publics et donc à court-circuiter l'analyse par étapes développée jusqu'ici. On peut distinguer deux situations, qui peuvent d'ailleurs se combiner : 34

1. Il peut s'agir de subventions accordées par la collectivité partenaire du PPP (ou une autre collectivité comme la Confédération) directement à la société d'économie mixte constituée pour le projet ; c'est alors cette entité et l'ensemble de son activité qui profitent du soutien financier étatique, et non pas le projet spécifiquement. Comme déjà énoncé (ci-dessus ch. III.B.3), un tel subventionnement est de nature à faire basculer la société de projet dans le camp des « organismes de droit public », ce qui aura pour effet que tous les contrats qu'elle voudra conclure avec des sous-traitants seront assujettis au droit des marchés publics. Il faut pour cela que l'activité de l'organisme soit financée « majoritairement » par la collectivité (soit plus de la moitié) ; on additionnera l'ensemble des aides financières que l'entité reçoit sans contreprestation spécifique, en se fondant sur le budget disponible pour l'année du marché considéré<sup>31</sup>.
2. Les subventions peuvent aussi être rattachées à des « projets » ou des « prestations » ; l'adjudication des contrats nécessaires à leur réalisation peut tomber de ce simple fait dans le champ d'application du droit des marchés publics. Il faut cependant qu'il s'agisse bien de marchés, au sens d'un échange de prestations contre une rémunération (contrat synallagmatique ; cf. ci-dessus ch. IV.A) ; tel ne serait pas le cas d'une simple distribution unilatérale de subventions à des projets lauréats d'une procédure de concours<sup>32</sup>. C'est la solution que retient l'art. 8 al. 2 lit. b AIMP, qui statue l'application du droit cantonal des marchés publics dès que la barre de

<sup>31</sup> Cf. en droit européen : affaire *The Queen et H.M.Treasury c/The University of Cambridge*, C-380/98, Recueil 2000, p. I-8035 ; affaire *Bayerischer Rundfunk et cons. c/GEWA*, C-337/06 du 13 décembre 2007.

<sup>32</sup> Pour un tel cas (projets sélectionnés dans un programme-cadre sur l'école et la santé) : JAAC 64.60.

50% du coût total est franchie; certains cantons transposent ce régime avec des variations: ils ajoutent un seuil alternatif en francs (ainsi le Tessin dès 1 000 000.—<sup>33</sup>); ils prévoient que si la subvention est « importante » ou concerne des « investissements », l'autorité qui l'octroie peut/doit prescrire au bénéficiaire de respecter le droit des marchés publics (St Gall<sup>34</sup>; Fribourg<sup>35</sup>); ils mentionnent uniquement les subventions provenant des entités soumises au droit cantonal des marchés publics, ce qui semble exclure les subventions fédérales (Vaud<sup>36</sup>). A rappeler ici que depuis sa révision en 2001, l'art. 8 AIMP précité ne fait plus de distinction entre les subventions fédérales et cantonales; si la Confédération subventionne majoritairement un projet cantonal, le droit fédéral des marchés publics sera applicable (art. 2c al. 1 OMP, dans sa version révisée au 1<sup>er</sup> janvier 2010).

- 35 Dans une affaire tessinoise qui présente certains aspects de PPP, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser ce qu'il faut entendre par « subvention » en droit des marchés publics: une fondation de droit privé entendait construire un centre de logement et de culture pour des étudiants. A cette fin, elle avait obtenu une subvention cantonale de Fr. 1 000 000.— ainsi qu'un droit de superficie gratuit pendant 50 ans sur un terrain propriété du canton. Dans leur arrêt, les juges affirment qu'en droit des marchés publics, le concept de subvention n'est pas différent qu'en droit des subventions; dès lors, il n'y a pas de raison de le limiter aux seuls paiements en espèces et il faut prendre en compte également toutes les prestations en nature qui soient dès que leur valeur peut être exprimée en argent. En conséquence et en l'espèce, la fondation avait l'obligation de mettre en soumission les travaux de construction nécessaires au projet.
- 36 Au surplus, le Tribunal fédéral prend soin d'avertir les praticiens qu'il combattra toutes les habiles configurations dans le subventionnement de projets privés qui auraient pour objectif de contourner le droit des marchés publics de manière arbitraire ou abusive<sup>37</sup>. Les subventions au sens du droit des marchés publics pourront donc prendre les formes les plus diverses: prestations pécuniaires à fonds perdus (qu'il s'agisse d'aides ou d'indemnités), conditions préférentielles consenties lors de prêts, allègements fiscaux, cautionnements

---

<sup>33</sup> Art. 2 al. 1 de la loi cantonale sur les marchés publics.

<sup>34</sup> Art. 2 ch. 1 de la loi cantonale d'introduction à la législation sur les marchés publics.

<sup>35</sup> Art. 30 de la loi cantonale sur les subventions et art. 12 de son règlement d'exécution (à partir de 25 000.— francs).

<sup>36</sup> POLTIER se demande si ce régime est bien conforme au droit intercantonal (p. 1120 note 107).

<sup>37</sup> Arrêt (en allemand) 2P.117/2005 (17 octobre 2005); pour un commentaire: BR/DC 2/2006, p. 81 N° S1. A la suite de cet arrêt, l'art. 2 al. 1 de la loi tessinoise sur les marchés publics a été modifié, pour inclure un renvoi à la définition des subventions que formule l'art. 3 de la loi cantonale sur les subventions.

ou encore prestations en nature ; leur allocation peut découler d'une décision de l'autorité ou d'un contrat de droit administratif. C'est ce régime que codifient d'ailleurs les lois fédérale ou cantonales sur les subventions<sup>38</sup>. Le droit européen des marchés publics confirme cette vision économique de ce qu'il faut retenir comme subventions : (1) les subventionnements indirects sont assujettis au droit des marchés publics ; tel est le cas de l'octroi d'un crédit à des conditions d'intérêts préférentiels<sup>39</sup>. Dans le même sens en Suisse, la Commission fédérale de recours en matière de contributions a considéré dans une décision à propos d'une question de TVA que l'absence d'intérêt sur un prêt consenti par la collectivité est constitutive d'une subvention<sup>40</sup>. (2) La même appréciation s'impose dans le cas où le bénéficiaire du prêt n'aurait pas obtenu la mise à disposition d'un montant similaire par un institut bancaire et qu'il aurait donc été réduit à demander l'aide des pouvoirs publics<sup>41</sup>.

A souligner enfin que l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire tessinoise précitée ne parle pas d'une mise en soumission du contrat passé entre la collectivité et la fondation ; il ne s'agissait pas d'un marché au sens décrit plus haut (ch. IV.A) car la fondation ne promettait pas de prestations synallagmatiques en faveur de la collectivité. 37

## B Les concessions

Il est fréquent que le vocable « concession » soit utilisé dans un projet de PPP, 38 car à l'étranger (en France en particulier où l'on parle de « délégation »), il est fréquent que les partenariats entre le secteur public et les acteurs privés soient organisés sous la forme d'une concession (de travaux ou de services) et, en Suisse, les PPP concernent souvent des projets dont la réalisation exige aussi une concession de la part des pouvoirs publics (exemples : concession de transport, d'utilisation du domaine public, d'exploitation de la force hydraulique).

<sup>38</sup> Pour une présentation de ces aspects, cf. MEYER Jacques, La nouvelle loi fédérale sur les subventions : les tenants et les aboutissants, *Steuer Revue* 1992, p. 158, 160, 209.

<sup>39</sup> Cf. BOCK Christian, Das europäische vergaberecht für Bauaufträge, thèse Bâle 1993, p. 249. La question de savoir sur quelle base est calculé le montant du subventionnement est laissée ouverte par cet auteur (s'agit-il du montant du prêt ou bien du cumul des intérêts préférentiels épargnés par le pouvoir adjudicateur ?) ; à notre avis, c'est la première solution qui prévaut car l'assujettissement au droit des marchés publics concerne le marché (par exemple de construction) objet de la subvention et non pas le marché du service étatique de subventionnement lui-même.

<sup>40</sup> JAAC 69.41 cons. c.

<sup>41</sup> BORNHEIM/STOCKMANN, Die neuen Vergabevorschriften – Sind auch private Auftraggeber zur europaweiten öffentlichen Vergabe von Bauaufträgen verpflichtet?, *BauR* 6/1994, p. 684 ss.

## 1. Les concessions de services et de travaux

- 39 La première question à résoudre est celle de savoir si le PPP lui-même (lien entre la collectivité et la société de projet) n'est pas une concession (de services ou de travaux). Cinq caractéristiques distinguent habituellement les concessions des marchés : (1) dans une concession, ce n'est pas l'adjudicateur qui est le bénéficiaire de la prestation du concessionnaire, mais des tiers appelés les usagers. (2) En règle générale, la concession est conçue pour des prestations d'utilité publique : le concessionnaire se substitue à la collectivité publique et prend sur lui les obligations et responsabilités correspondantes, afin de garantir un service public. Cet élément n'aura que peu de portée dans le contexte des PPP car ces derniers peuvent être des marchés tout en poursuivant un but général de délégation de tâches publiques au secteur privé. (3) La rémunération du concessionnaire résulte des indemnités que les usagers lui versent, et non pas des montants que l'adjudicateur s'engage à payer. (4) Le concessionnaire supporte le risque économique lié à la prestation, alors que dans un marché, du fait de la rémunération, c'est l'adjudicateur qui assume ce risque. (5) Le concessionnaire se voit souvent doté de la puissance publique nécessaire à l'exercice de sa concession ; il peut en particulier rendre des décisions administratives ou exproprier. Ce pouvoir est en général la conséquence d'une position de monopole accordée au concessionnaire, à travers le fait que les usagers sont obligés d'avoir recours exclusivement à ses services<sup>42</sup>.
- 40 L'accord OMC n'interdit pas d'assujettir les concessions de services ou de travaux au droit des marchés publics (son art. I al. 2 le déclare applicable aux marchés passés « par tout moyen contractuel »). Le droit européen des marchés publics n'assujettit que les concessions de travaux, tandis que celles de services doivent uniquement respecter les principes fondamentaux de non-discrimination, égalité de traitement et transparence<sup>43</sup>.
- 41 En droit suisse, la situation est encore confuse : à notre connaissance, aucune législation ne traite expressément des concessions de services ou de travaux. Les jurisprudences disponibles – pas très récentes – oscillent entre le non-assujettissement au motif qu'une concession n'est pas un marché et l'assujettissement afin d'assurer le respect des principes qui fondent le droit des marchés publics (non-discrimination et transparence) ; voici les arrêts qui présentent des éléments de PPP :
1. L'Office fédéral de l'environnement confie à une entreprise privée le soin d'organiser la collecte et l'élimination des batteries et accumulateurs usa-

---

<sup>42</sup> Pour plus de détails et des références, cf. ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, p. 63 s.

<sup>43</sup> FLAMME / FLAMME / DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles 2009, chap. 2 sect. 2.

gés; en contrepartie, l'entreprise reçoit la compétence de prélever auprès des consommateurs une taxe d'élimination anticipée. L'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics qualifie l'opération de concession de services au motif que la prestation caractéristique du marché équivaut à l'exécution d'une tâche publique; elle l'assujettit au droit des marchés publics afin de garantir son attribution au concessionnaire qui aura formulé l'offre économiquement la plus favorable<sup>44</sup>.

2. La même Commission de recours refuse d'appliquer le droit des marchés publics à l'opération par laquelle les CFF entendaient confier à une entreprise privée d'une part l'installation et l'entretien gratuits sur les gares d'un réseau d'antennes pour l'accès du public à internet, et d'autre part l'accès à titre onéreux à internet pour les employés des CFF. Pour la première prestation, l'arrêt estime qu'il ne s'agit pas d'un marché car les CFF n'en tire aucun avantage; la seconde prestation est un marché, mais qui ne figure pas dans la liste des services assujettis (annexe 4 à l'accord OMC)<sup>45</sup>.
3. Le Tribunal administratif vaudois refuse l'application du droit des marchés publics à l'attribution d'un mandat de création et de gestion d'une centrale d'appel pour taxis dans un secteur géographique délimité, au motif qu'il s'agit d'une « concession ». L'arrêt n'établit pas de distinction entre la concession de services et la concession de monopole (ci-après ch. 2), quand bien même les entreprises de taxi avaient l'obligation de s'affilier à ladite centrale<sup>46</sup>.
4. Le Tribunal administratif zurichois refuse l'application du droit des marchés publics à l'attribution d'un mandat de gestion du mensa scolaire. Il soutient qu'il n'y a pas de marché puisque la collectivité n'achète rien, mais met au contraire à disposition son bâtiment, et qu'elle ne rémunère pas le gérant adjudicataire, qui finance sa prestation directement auprès des usagers<sup>47</sup>.

A notre avis, l'assujettissement des concessions de services ou de travaux exigerait une base légale claire à cet effet. En l'état des textes, il faut plutôt admettre qu'elles sont exclues du champ d'application du droit des marchés publics; l'art. 1 al. 1 lit. a en connexion avec l'art. 5 al. 1 lit. b et c LMP se focalisent en effet sur les « marchés »; il en va de même de l'art. 5 de la loi sur le marché intérieur (LMI) ainsi que des dispositions cantonales sur le champ d'application des législations de marchés publics. Cependant, la collectivité

<sup>44</sup> JAAC 64.30.

<sup>45</sup> JAAC 69.32.

<sup>46</sup> TAVD GE.2004.0055 (7 avril 2005).

<sup>47</sup> TA ZHVB.2002.00022 (3 juillet 2002).

demeure contrainte d'appliquer les principes qui sont à la base du droit des marchés publics (non-discrimination, égalité de traitement et transparence). D'une part en effet, il s'agit de principes généraux (constitutionnels) de l'activité administrative, à respecter même lorsque la collectivité agit comme partenaire contractuel<sup>48</sup>. D'autre part, de plus en plus de législations imposent aux collectivités de passer par des « mises au concours » lorsqu'elles entendent déléguer à des entités tierces l'accomplissement des tâches qui leur incombent<sup>49</sup>. Ces principes et normes n'imposent néanmoins pas de publier une mise en soumission ouverte, d'organiser une procédure formelle d'évaluation et d'aménager un droit de recourir pour les candidats évincés ou non contactés.

## 2. Les concessions de monopole ou de domaine public

- 43 La seconde question est celle de savoir si les éléments d'un PPP à matérialiser dans une concession au sens classique du droit suisse doivent ou non faire l'objet d'une mise en soumission; il pourra s'agir en priorité de la concession nécessaire pour l'usage exclusif du domaine public (par exemple pour construire un bâtiment ou déployer une installation) ou encore pour l'exploitation de droits dont la collectivité a le monopole<sup>50</sup>.
- 44 Par principe, l'octroi de ces concessions n'est pas assujéti au droit des marchés publics. En effet, elles n'équivalent pas à un transfert de tâches publiques – contrairement aux concessions de services ou de travaux – et elles ne sanctionnent pas un marché: la collectivité concédante n'acquiert aucune prestation, mais au contraire met à disposition un droit qu'elle possède ou un bien qu'elle gère. En d'autres termes, un contrat de PPP ne tombera pas sous le coup du droit des marchés publics simplement parce que sa mise en œuvre devra s'accompagner d'une concession de la part de la collectivité concernée.
- 45 En vertu des développements récents en législation et jurisprudence, cette affirmation de principe doit cependant être doublement nuancée:
1. Une concession peut s'accompagner de prestations en faveur de la collectivité concédante, qui ne sont pas simplement accessoires mais importantes et dissociables; ces dernières constituent alors un marché, dont l'adjudication est soumise aux conditions d'application du droit des marchés publics. C'est à ce résultat qu'est parvenu le Tribunal fédéral dans son arrêt qui a mis fin à la saga judiciaire de pratiquement 10 ans au sujet des

---

<sup>48</sup> Cf. ATF 109 Ib 146.

<sup>49</sup> Exemple: art. 107 al. 3 de la loi valaisanne sur les communes.

<sup>50</sup> On prendra garde à la terminologie: en droit suisse pour certains auteurs, les concessions de monopole englobent aussi les concessions de service public (au sens décrit ci-dessus; ch. 1).

concessions d'affichage sur le domaine public à Genève et qui a fortement contribué à délimiter le périmètre des marchés publics; les candidats à la concession d'affichage devaient formuler une offre pour un service de vélos en usage libre à travers la ville<sup>51</sup>. Il est très fréquent que les concessions soient assorties de prestations connexes de la part du concessionnaire, en particulier les concessions de forces hydrauliques (fourniture d'électricité gratuite et d'eau, réalisation d'infrastructures comme des routes ou un hôpital et des canalisations, prêts financiers)<sup>52</sup>; elles n'équivaldront à un « marché » que si elles sont rémunérées, comme c'était le cas dans l'affaire de l'affichage à Genève où le prix du service de vélos devait être intégré dans l'offre sur le montant de la redevance de concession.

2. Même en l'absence de ces prestations de marché, les concessions en elles-mêmes peuvent être sujettes à une obligation de mise en concurrence: en vertu de l'art. 2 al. 7 LMI, la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Il serait logique que cette disposition s'applique aussi aux concessions d'usage exclusif du domaine public car cet usage génère un monopole (de fait) qui a pour effet d'exclure les autres concurrents; certaines lois cantonales qui règlent l'usage du domaine public s'inspirent apparemment de la même idée lorsqu'elles imposent la mise à l'enquête publique des concessions<sup>53</sup>. Autre est par contre la question de savoir si l'art. 2 al. 7 LMI s'applique également aux concessions de service public; la formulation de son texte devrait inciter à répondre par la négative, en tout cas chaque fois que le concessionnaire ne se voit pas accorder un monopole (pas d'obligation pour les usagers de s'adresser exclusivement aux concessionnaires)<sup>54</sup>. Dans le périmètre de cet art. 2 al. 7 LMI, les règles d'attribution des marchés publics ne seront pas applicables

<sup>51</sup> ATF 135 II 49; l'arrêt est en français et contient une analyse très fouillée de la doctrine existante. Pour un commentaire, ainsi que sur les arrêts antérieurs, cf. BR/DC 4/2007 N° S34; 2/2009 N° S1 (droit de fond) et S37 (procédure, en particulier l'existence d'une question juridique de principe). Le premier arrêt dans ce dossier de l'affichage datait déjà de 1999 (ATF 125 I 209).

<sup>52</sup> Pour plus de détails, cf. FOURNIER Jacques, *Vers un nouveau droit des concessions hydrauliques*, thèse Fribourg 2002, p. 154 ss.

<sup>53</sup> Exemple: art. 23 de la loi fribourgeoise sur le domaine public.

<sup>54</sup> Pour un commentaire et des interprétations divergentes de l'art. 2 al. 7 LMI, cf. en particulier BELLANGE François, *La notion de « marchés publics »*, une définition sans concession?, in, AUER / FLÜCKIGER / HOTTELIER (édit.), *Les droits de l'Homme et la constitution*, Zurich 2007, p. 421 ss; ESSEIVA Denis, *Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'art. 2 al. 7 LMI*, BR/DC 4/2006, p. 204 ss; REY/WITTMER, *Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz*, PJA 2007, p. 591 ss.

directement, mais la procédure devra présenter des garanties minimales d'égalité de traitement et de transparence (appel d'offres) et les candidats à l'attribution auront un droit de recours (art. 9 al. 1 et 2 LMI)<sup>55</sup>.

## C Les marchés «in-house»

46 C'est un concept désormais bien connu en matière de marchés publics; on parle aussi de marché «maison» ou de «quasi-régie». Il tend à être invoqué pour tenter d'échapper au droit des marchés publics, en particulier dans les situations de PPP.

### 1. En général

47 Lors du colloque 2008, nous avons eu l'occasion de présenter ce qu'on entend par marché in-house, à savoir un accord passé entre une collectivité et une entité tierce (avec sa propre personnalité morale) mais qui est en lien si spécial et étroit avec l'adjudicataire qu'il se justifie de le dispenser de mise en soumission. A cette occasion, nous avons rappelé combien le droit européen interprète cette notion de manière restrictive et lui impose des conditions strictes. Pro memoria et cumulativement (pratique Teckal): (1) la collectivité doit détenir entièrement l'adjudicataire; sinon, il s'agit d'un marché dit «quasi in-house» et qui est assujéti au droit des marchés publics. (2) L'activité essentielle de l'adjudicataire doit s'exercer au profit de la collectivité; il y a encore controverse sur le pourcentage de l'activité totale de l'entité qu'elle doit représenter, mais en tout cas celle-ci ne doit pas développer une activité «significative» pour des clients tiers. (3) L'adjudicataire doit pouvoir exercer sur l'adjudicataire un contrôle (stratégique et opérationnel) qui soit analogue à celui qu'il exercerait sur ses propres services (actionnariat majoritaire; pouvoir prépondérant au sein du conseil d'administration, accord contractuel qui fonde un droit de donner des instructions)<sup>56</sup>.

48 Depuis 2008, plusieurs arrêts nouveaux ont été rendus, en particulier<sup>57</sup>:

1. En droit européen, on peut affirmer que la Cour de justice a confirmé sa pratique Teckal pour ce qui a trait à l'interdiction faite aux privés de participer à l'entité in-house. Les assouplissements intervenus concernent uniquement le régime de contrôle à appliquer lorsque plusieurs collec-

---

<sup>55</sup> Dans ce sens, cf. l'ATF 135 II 49 précité.

<sup>56</sup> Cf. p. 160 ss de l'ouvrage du colloque 2008 et les références indiquées à la jurisprudence de l'Union européenne, en particulier les arrêts Teckal, Trea, Carbotermo, Ville de Halle, Parking Brixen et Consorzio Alizei.

<sup>57</sup> Pour un panorama général et une analyse, cf. la contribution de MARTIN Beyeler dans le présent ouvrage.



tivités délèguent en commun une tâche à une telle entité in-house (par exemple une coopérative intercommunale)<sup>58</sup> ou encore lorsqu'en l'absence de contrôle, la délégation intervient entre une collectivité et une entité étatique tierce (marché « in-state »), sans participation de privés et sans que dite entité ne soit active sur d'autres marchés pour le même type de prestation<sup>59</sup>.

2. En Suisse : (1) un arrêt du Tribunal administratif de Zurich se prononce sur la question du « Make or Buy » : la Ville renonce à une nouvelle adjudication et décide confier la fabrication des cercueils à ses services sociaux dans le contexte d'un programme de réinsertion ; l'adjudicataire précédent exige une mise en soumission. La réglementation communale prévoit certes que l'adjudication des marchés dans le domaine des pompes funèbres doit se dérouler selon le droit des marchés publics ; elle n'interdit cependant pas à la collectivité d'exécuter ces marchés en interne. La décision de procéder ainsi n'est pas une décision sujette à recours (non plus que le choix du service interne retenu), sauf dans le cas où cette décision interviendrait après qu'une mise en soumission officielle fut lancée<sup>60</sup>. La législation fédérale fournit d'autres exemples de « Make or Buy », y compris des cas où la collectivité peut mettre en compétition ses services internes et des concurrents externes<sup>61</sup>. (2) Dans un arrêt convaincant rendu à fin 2009, le Tribunal administratif vaudois refuse l'exemption du marché in-house à un contrat passé entre un adjudicateur (l'Association des Etablissements Hospitaliers du Nord Vaudois) et une société anonyme du droit privé, dans laquelle l'Association détenait une participation. L'arrêt expose les conditions strictes développées en droit européen ; il laisse ensuite la question ouverte de savoir si ce régime s'applique en droit suisse, mais il annule l'adjudication au motif que de toute façon elle avait eu lieu avant la constitution de l'entité prétendument in-house. Au surplus, le Tribunal n'annule pas le contrat, mais exige une nouvelle mise en soumission dans un délai raisonnable<sup>62</sup>.

Si les marchés dits in-house ne sont pas assujettis au droit des marchés publics, c'est qu'ils ne violent pas le principe (constitutionnel) de la neutralité concurrentielle : ils lèsent tous les concurrents potentiels de la même manière, en soustrayant les prestations concernées au marché libre. Il faut donc

<sup>58</sup> Arrêt Coditel Brabant SA du 13 novembre 2008 (C-324/07), BR/DC 2/2009 N° S4.

<sup>59</sup> Arrêt Commission c/ Allemagne du 9 juin 2009 (C-480/06), BR/DC 4/2009 N° S59.

<sup>60</sup> TA ZHVB.2006.00145, BR/DC 2/2008 N° S3. Pour un arrêt en français qui (en substance) porte sur le même problème (Make or Buy), cf. TA VD, affaire GE.1998.0178 (2 juillet 1999).

<sup>61</sup> Ainsi dans le domaine de l'informatique ; pour plus de détails, cf. BEYELER Martin, Fokus N° 2, BR/DC 2/2008, p. 105.

<sup>62</sup> TAVD GE.2007.0013 (6 novembre 2009).

se montrer très strict avec les conditions d'application de cette exemption : l'entité in-house doit être en main de la collectivité et elle ne doit pas participer par ailleurs au marché libre<sup>63</sup>. Au surplus, les juges vaudois dans l'arrêt précité ont raison de mettre en substance le doigt sur le problème de légalité que nous connaissons en Suisse : le régime applicable à l'exemption des marchés in-house restera incertain aussi longtemps que le législateur ne l'aura pas codifié ; dans l'intervalle, on est réduit à le fonder sur l'idée qu'il ne peut y avoir de marché au sens du droit des marchés publics s'il est passé entre un adjudicateur et lui-même.

## 2. In-house et PPP

50 C'est sur la base de ces acquis qu'il faut se demander si l'exemption pour les marchés in-house est ou non susceptible de profiter (en tout ou partie) aux projets mis en PPP. La réponse à cette question nous paraît être assez simple et directe : le concept de marché in-house en principe ne trouvera pas d'élément à appréhender et restera donc sans pertinence. Concrètement :

1. Dans un PPP institutionnel, le choix des partenaires privés par la collectivité et la constitution de la société de projet ne sont de toute façon pas assujettis à une mise en concurrence (ci-dessus ch. III.A). Au demeurant selon la jurisprudence européenne et sa « pratique Teckal », une participation même minoritaire d'actionnaires privés suffit à imposer l'application du droit des marchés publics. Les marchés que la société passe ensuite avec les exécutants du projet ne sont jamais des marchés in-house, même si eux aussi investissent dans la société de projet, car ils ne sont pas des entités agissant sous le contrôle de cette dernière. S'ils allèguent qu'ils exécutent leurs prestations unilatéralement et les apportent ensuite en nature à la société de projet, on pourra suivant les circonstances soutenir qu'il n'y a tout simplement pas de marché, ce qui rendra sans intérêt l'exemption in-house (ci-dessus ch. III.B.4) ; si un marché existe bel et bien, elle sera inopérante : ledit marché sera passé avec une entité sous-traitante totalement privée.
2. Dans un PPP contractuel non plus, la société de projet ne saurait être traitée comme une entité in-house – c'est une entreprise privée – et le rapport entre elle et la collectivité ne saurait dès lors échapper de ce fait au droit des marchés publics, lorsqu'il présente un caractère synallagmatique (ci-dessus ch. IV.A).

---

<sup>63</sup> Dans ce sens, BEYELER Martin, Fokus N° 1, BR/DC 2/2008, p. 104 s.

Les PPP sont une figure économique, qui pose au juriste des questions encore controversées. Une chose est sûre dans l'immédiat, à l'issue de notre analyse : il serait infondé pour une collectivité de lancer un projet en PPP dans l'idée d'échapper aux exigences du droit des marchés publics ou encore aux restrictions imposées par la politique budgétaire.<sup>64</sup> 51

Celles-ci représentent certainement un obstacle, en particulier lorsque les négociations avec les partenaires potentiels sont interdites ou que l'appel d'offres doit être interrompu par manque de candidats. L'évolution en marche de la législation ne permet pas de dire que l'avenir des PPP est assuré en droit suisse. C'est ainsi que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, l'OMP révisée permet le dialogue compétitif, ce qui est une forme de partenariat (art. 26a) ; à l'opposé par contre, elle limite en principe à 5 ans la durée des contrats qui portent sur des prestations périodiques (art. 15a). 52

## VI. Repères bibliographiques choisis

BEYELER Martin, *Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts*, in, ZUFFEREY / STÖCKLI, *Aktuelles Vergaberecht 2008 / Marchés publics 2008*, Zurich 2008, p. 65 ss.

BESANÇON Xavier, *2000 ans d'histoire du partenariat public privé*, Paris 2004.

BESANÇON / DERUY / FISZELSON / FORNACCIARI, *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*, Paris 2005.

BINGISSER / BOLZ / CATHOMEN / OEHRY, *Public Private Partnership. Partenariat Public-Privé. Une approche nouvelle pour la Suisse*, Zurich (non daté).

BOLZ Urs (édit.), *Public Private Partnership in der Schweiz. Grundlagenstudie – Ergebnis einer gemeinsamen Initiative von Wirtschaft und Verwaltung*, Zurich / Bâle / Genève 2005.

BOLZ / HÄNER / KEUSEN / BISCHOF / LIENHARD *Gesetzgeberischer Handlungsbedarf in der Schweiz*, Zurich / Bâle / Genève 2008.

BUDÄUS D., *Kooperationsformen zwischen Staat und Markt: Theoretische Grundlagen und praktische Ausprägungen von Public Private Partnership*, Baden-Baden 2006.

<sup>64</sup> Dans ce sens, cf. le commentaire relatif à la révision partielle de l'ordonnance fédérale sur les finances de la Confédération, du 5 décembre 2008, à propos du nouvel art. 52a (dans l'accomplissement de leurs tâches, les unités administratives doivent examiner la possibilité, dans les cas qui s'y prêtent, de collaborer à plus long terme, sur des bases contractuelles, avec des partenaires privés).

- Public Private Partnerships. 37. Tagung der DACH in Hamburg vom 29. bis 22. September 2007*, Zurich 2008.
- BECKER Ralph, *Zielplanung und -kontrolle von Public Private Partnership in der Forschung Konzeption und praxisorientierte Gestaltungsempfehlungen für Forschungsk Kooperationen zwischen Wissenschaft und Wirtschaft*, Wiesbaden 2003.
- BREMER Brigitte G., *Public Private Partnership. Ein Praxislexikon*, Cologne 2005.
- EHRENSPERGER / BOLZ / STOLL, *Wirtschaftlichkeit von Aufgabenauslagerungen im öffentlichen Sektor mit besonderer Berücksichtigung der Armeelogistik*, Zurich / Bâle / Genève 2008.
- EILMANBERGER Thomas, *Public Private Partnership*, Vienne 2003.
- LIGNIÈRES Paul, *Partenariats Publics Privés*, Paris 2005.
- LÄMMERZAHL Torsten, *Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben*, Berlin 2007.
- HETTICH / HÄGI, *Öffentliches Beschaffungsrecht ; Ausschreibung bei Public Private Partnerships ; Eintretensvoraussetzung der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung*, PJA 2008, p. 238 ss.
- MEYER-HOFMANN / RIEMENSCHNEIDER / WEIHRAUCH (édit.), *Public Private Partnership. Gestaltung von Leistungsbeschreibung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis*, 2<sup>e</sup> éd., Cologne 2007.
- MÜLLER-TSCHUMI Thomas, *Zur Vertragsstruktur von projektfinanzierten PPP*, BR/DC 1/2010 p. 34 ss.
- NITZSCHE Florian, *Modell eines lebenszyklusorientierten PPP-Angebotsprozesses*, Francfort-sur-le-Main 2009.
- REHM Christian, *Projektfinanzierung nach schweizerischem Recht*, thèse Zurich 2002.
- SÉCRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), *Les partenariats public-privé dans l'approvisionnement en infrastructures : Un instrument de lutte contre la pauvreté et de développement économique*, Berne 2007.
- SCHAFFHAUSER / POLEDNA (édit.), *Auslagerungen und Privatisierungen von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen*, St-Gall 2002.
- SCHNEIDER Joachim, *Public Private Partnerships for Urban Rail Transit. Forms, regulatory conditions, participants*, Wiesbaden 2004.

- SCHNEIDER HEUSI / JOST, *Public Private Partnerships – Wenn Staat und Private kooperieren*, Cahier spécial BR/DC 2006 (supplément du colloque Marchés publics), Zurich 2006, p 27 ss.
- SCHÖNE Franz-Josef (édit.), *Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau*, Stuttgart 2006.
- SIEBEL / RÖVER / KNÜTEL, *Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP*, 2<sup>e</sup> éd., Cologne / Munich 2008.
- VEREIN PPP SCHWEIZ (édit.), *Möglichkeiten zur Finanzierung von PPP-Infrastrukturprojekten in der Schweiz*, Zurich 2009.
- VAILANCOURT ROSENEAU Pauline (éd.), *Public-Private Policy Partnership*, Cambridge (Mass.), 2000.
- WEBER / SCHÄFER / HAUSMANN, *Praxishandbuch Public Private Partnership*, Munich 2005.
- WÖRNER Ulrich, *Public Private Partnership und kommunale Infrastruktur*, New York; 2009.
- YESCOMBE Edward, *Public Private Partnerships*, Oxford 2007.
- ZIEKOW Jan / WINDOFFER Alexander, *Public Private Partnership: Struktur und Erfolgsbedingungen von Kooperationsarenen*, Baden-Baden 2008.